

AINDA A INDEMNIZAÇÃO POR “NASCIMENTO INDEVIDO” (*WRONGFUL BIRTH*) E “VIDA INDEVIDA” (*WRONGFUL LIFE*)

PAULO MOTA PINTO

Resumo: Tendo em conta o decurso de duas décadas sobre a primeira decisão do Supremo Tribunal de Justiça em matéria de ações de indemnização por vida indevida, revisita-se a matéria, designadamente dando conta de algumas posições e das decisões jurisprudenciais relevantes, com destaque para a análise da argumentação do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de junho de 2001 e para o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 55/2016. Depois de analisar alguma argumentação contrária à concessão da indemnização, procede-se a uma revisitação, reforço e precisão de alguns dos argumentos a favor, e que sustentam a posição favorável a essas ações, defendida já desde 2008.

Palavras-chave: Responsabilidade Médica; Wrongful birth; Wrongful life

Abstract: two decades after the first decision of the Portuguese *Supremo Tribunal de Justiça* in a wrongful life action (denying the ground for such an action), the subject deserves to be reviewed again, to consider the relevant legal literature and court decisions. The decisions of the *Supremo Tribunal de Justiça* from 16 June 2001 and from the Constitutional Court from 2016 (No. 55/2016) both deserve a special attention. After an analysis of the arguments that have been put forward in the literature and case law against damages in wrongful life actions, the grounds for these actions are revisited. Some of the arguments in favor of damages awards in those actions are reinforced and refined with a view to support their admission, already defended by the author in 2008.

Keywords: tort law; medical liability; wrongful birth; wrongful life

A possibilidade de obter uma indemnização em casos ditos de “nascimento indevido” (“*wrongful birth*”) ou de “vida indevida” (“*wrongful life*”) tem sido discutida entre nós, pelo menos desde o final do século passado¹. Cumprem-se em 2021 duas décadas sobre a primeira decisão dos nossos tribunais superiores sobre a matéria². É adequado dedicar breves reflexões atualizadoras sobre o problema a um dos mais reconhecidos Mestres portugueses da responsabilidade civil nas últimas décadas, tratando-se de problemas que consabidamente põem em causa as fronteiras e os requisitos da responsabilidade civil³, e cruzam o regime desta e dos direitos de personalidade com o regime jurídico da interrupção voluntária da gravidez e com argumentos éticos e pragmáticos

Nota-se, antes de mais, que a questão da indemnização em casos ditos de *wrongful life* e *wrongful birth* tem vindo a ser tratada profusamente pela doutrina nacional nas últimas décadas⁴.

¹ V. GUILHERME DE OLIVEIRA, “O direito do diagnóstico pré-natal”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 1999, n.º 3898, págs. 6-19 (também em *Temas de direito da medicina*, Coimbra, Coimbra Ed., 1999, págs. 203-223), JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Coimbra, Coimbra Ed., 1996, n.º 45, págs. 380-3, FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra, Almedina, 1999, págs. 84 e segs., 96-100.

² Acórdão do STJ de 19 de junho de 2001 (relator FERNANDO PINTO MONTEIRO), publicado e anotado por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO em *RLJ*, ano 134.º (2001/2002), págs. 377 e segs. Sobre esta decisão, v. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Direito a não nascer? Anot. ao Ac. STJ de 19/6/2001”, in *RLJ*, ano 134.º (2001/2002), págs. 377 e segs., e na *Revista do IASP — Instituto dos Advogados de São Paulo*, ano 10, n.º 19, 2007; FERNANDO PINTO MONTEIRO, “Direito à não existência, direito a não nascer”, in *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, págs. 131-138.

³ V. JORGE SINDE MONTEIRO, “Rudimentos da responsabilidade civil”, *RFDUP*, ano II, 2005, págs. 349390.

⁴ Além das obs. cits. nas n. anteriores, e do nosso “Indemnização em caso de ‘nascimento indevido’ e de ‘vida indevida’ (*wrongful birth*) e (*wrongful life*)”, in *Nos vinte anos do Código das Sociedades Comerciais — Estudos em homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho, V. Lobo Xavier*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pág. 915-946, também in *Lex Medicinæ*, n.º 7, Coimbra, 2007, págs 5-25, e em *Direitos de personalidade e direitos fundamentais — Estudos*, Coimbra, Gestlegal, 2018, págs. 735-772 (por onde se cita), v., sem pretensões

de exaustividade: MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “A vida própria como dano: perspectivas civis e constitucionais de um tema actual”, in *Direitos fundamentais e direito privado : uma perspectiva de direito comparado*, orgs. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, JÖRG NEUNER, INGO WOLFGANG SARLET, Coimbra, Almedina, 2007, págs. 305-326, idem, “A própria vida como um dano? dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 68, n.º 1 (jan. 2008), págs. 215-253; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de direito civil*, Coimbra, Coimbra Ed., 2004, págs. 375-391, idem, “Deliberações éticas e deliberações jurídicas. A responsabilidade civil por danos causados por médicos que atuaram com violação das *leges artis* no âmbito da medicina pré-natal”, em curso de public. em MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES/CAMILA VASCONCELOS (orgs.), *Deliberações (bio)éticas e decisões jurídicas*, obra colectiva luso-brasileira, 2021; VANESSA CARDOSO CORREIA, “Wrongful life action : comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001”, *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 1, n.º 2 (2004), págs. 125-131, idem, “Wrongful birth e wrongful life: de Nicolas Perruche a Kelly Molenaar”, *Sub iudice. Justiça e sociedade*, Coimbra, n.º 38 (jan.-mar.2007), págs. 101-108, idem, “Vida: dano indemnizável? A responsabilidade médica nas acções por wrongful birth e wrongful life”, in *Direito da saúde: estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, coord. JOÃO LOUREIRO/ANDRÉ DIAS PEREIRA/CARLA BARBOSA, Coimbra, Almedina, 2016; VERA LÚCIA RAPOSO, “As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Coimbra, ano 19, n.º 21 (dez. 2010), págs. 61-99, idem, “Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth)”, *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 33, n.º 132 (out.-dez. 2012), págs. 71-125; idem, “Processos judiciais indevidos? Há espaço para indemnização nas acções de wrongful birth e de wrongful life contra profissionais de saúde?”, in *Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde*, coord. por CARLA AMADO GOMES, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, CLÁUDIA MONGE, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014, págs. 96-125; idem, *O direito à imortalidade. O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Coimbra, Almedina, 2014, págs. 581-612; LUÍS DUARTE BAPTISTA MANSO, “O dever de esclarecimento e o consentimento informado em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação”, *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 8, n.º 16 (2011), págs. 135-157; idem, “Responsabilidade civil em diagnóstico pré-natal: o caso das acções de wrongful birth”, in *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 9, n.º 18 (2012), págs. 161-182; idem, “Da obrigação de informar em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação: as acções de ‘wrongful birth’ e ‘wrongful life’ e o instituto da responsabilidade civil”,

in *Direito da saúde: estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, coord. JOÃO LOUREIRO/ANDRÉ DIAS PEREIRA/CARLA BARBOSA, Coimbra, Alameda, 2016, vol. 4, págs. 129-142; idem, *Responsabilidade civil médica nos cuidados de saúde reprodutiva: a ginecologia-obstetrícia. Os deveres de informação e documentação profissional*, Coimbra, diss. de doutoramento, 2014, págs. 282-317; SARA ELISABETE GONÇALVES DA SILVA, “Vida indevida (*wrongful life*) e direito à não existência”, *Lusitana Direito*, 14 (2015), págs. 123-155; idem, “Responsabilidade civil dos progenitores pela sua vida indevida: direito a nascer saudável”, *Maia Jurídica. Revista de Direito*, Maia, ano 8, n.º 1 (jan.-jun. 2017), págs. 57-74; MARTA NUNES VICENTE, “Wrongful life actions: the ethical maze between slippery slopes and the non-identity problem”, *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 9, n.º 17 (2012), págs. 243-25; idem, “Algumas reflexões sobre as acções de *Wrongful life*: a jurisprudência *perruche*”, *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 6, n.º 11 (2009), págs. 117-141; FERNANDO DIAS SIMÕES, “Vida indevida? As acções por *wrongful life* e a dignidade da vida humana”, *Revista de Estudos Politécnicos, Polytechnical Studies Review*, 2010, vol VIII, n.º 13, págs. 187-203; LUSA CORREIA DE PAIVA, *Pretensões de wrongful life. Uma alternativa aos quadros tradicionais da responsabilidade civil?*, diss., Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011; CARLOS E. ALMEIDA RODRIGUES, “A problemática inerente às *wrongful life* claims: a sua não admissibilidade pela jurisprudência portuguesa”, *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 10, n.º 19 (2013), págs. 171-188; FERNANDA ALMEIDA, “*Cogito ergo (non volleo) sum*. Reflexões em torno das acções por nascimento e por vida indevidos”, diss. Instituto Superior Bissaya-Barreto, Coimbra, 2013; MARTA SANTOS SILVA, “Sobre a (in)admissibilidade das acções por ‘vida indevida’ (*Wrongful life actions*) na jurisprudência e na doutrina; o *Arrêt Perruche* e o caso André Martins”, in *Direitos de personalidade e sua tutela*, coord. por MANUEL DA COSTA ANDRADE, Lisboa, Rei dos Livros, 2013, págs. 119-150; JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Wrongful birth wrongful life: o conceito de dano em responsabilidade civil*, Lisboa, Quid Juris, 2014; LUÍS GUIMARÃES PINTO, “Acções *wrongful birth* e *wrongful life*: uma controvérsia sobre responsabilidade médica civil”, *Lusitana. Direito*, Lisboa, seg. 2, n.º 12 (1.º e 2.º semestre 2014), págs. 357-387; ANTÓNIO GONÇALVES DE QUEIRÓS, “As acções de *wrongful life* e a legitimidade das suas pretensões”, diss. de Mestrado, Coimbra, 2016; PAULA NATÉRCIA ROCHA, “Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas *wrongful life actions* ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação”, *Julgar* online, novembro e 2018, págs.1-21; DIOGO COSTA GONÇALVES, “Wrongful life actions em Portugal, 20 anos depois”, *Revista de direito comercial*, 2020, págs. 353-399.

1. Grupos de casos

Importa recordar brevemente os grupos de casos em causa e o estado da questão nas nossas jurisprudência e doutrina.

Cruzando os critérios do evento lesivo e da titularidade da ação, podemos distinguir três categorias de ações relacionadas com danos verificados em caso de conceção ou de nascimento indesejados de uma criança.

Há hipóteses em que está em questão desde logo uma conceção indesejada ou “indevida” (“*wrongful conception*”), também ditas de “gravidez indevida” (“*wrongful pregnancy*”). O que pode acontecer por erro médico ou similar (por exemplo, o emprego errado ou o mau funcionamento de meios de diagnóstico ou contraceptivo, errada prescrição de um medicamento ou a sua errada dispensa por um farmacêutico, falta de informação ou informação errada sobre os riscos reprodutivos), mas também, mais amplamente, noutros casos de violação da liberdade reprodutiva⁵ (negativa) — por exemplo, pela conceção de uma criança indesejada em caso de violação. A criança concebida pode ser saudável ou pode padecer de uma deficiência, por exemplo não tendo os pais sido informados — ou tendo sido incorretamente informados — sobre os seus riscos genéticos⁶.

⁵ Sobre a “autodeterminação reprodutiva”, v. a interessante análise de JÖRG NEUNER, “Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung: Facetten durchkreuzter Nachwuchsplanung”, *AcP*, 214 (2014), págs. 459-510.

⁶ Não tratamos especificamente das hipóteses de eventual responsabilidade pelo recurso, ou pela impossibilitação do recurso, à edição genética tornada possível pela tecnologia CRISPR, em casos em que essa edição não fosse legalmente possível, ou, inversamente (e futuramente) em que estaria acessível (por exemplo, para evitar uma doença ou deficiência), mas o médico não informou sobre essa possibilidade. Cf., por ex., EDUARDO A. FIGUEIREDO, “‘Believe me, we have enough imperfection built-in already’ Breves reflexões sobre as denominadas ações de ‘wrongful genetic makeup’”, *Julgar online*, maio de 2020, págs. 1-54, GRAZIELLA T. CLEMENTE, “Responsabilidade civil, edição gênica e o CRISPR”, NELSON ROSENVALD / RAFAEL DRESCH / TULA WESENDONCK (orgs.), *Responsabilidade civil — novos riscos*, Indaiatuba, SP, Editora Foco, 2019, págs. 301-317, GRAZIELLA T. CLEMENTE / NELSON ROSENVALD, “Edição gênica e os limites da responsabilidade civil”, G. M. MARTINS / N. ROSENVALD (orgs.), *Responsabilidade civil e novas tecnologias*, Indaiatuba, SP, Editora Foco, 2020, págs. 235-61, DOROTA KREKORA-ZAJAC “Civil liability for damages related to germline and embryo editing against the legal admissibility of gene editing”, in *Palgrave Commun* 6, 30 (2020), in <https://doi.org/10.1057/s41599-020-0399-2>.

Diversamente, noutros casos está em questão apenas o “nascimento indevido” (“*wrongful birth*”), relevando o facto de o evento lesivo ter conduzido a um nascimento indesejado. Nestes casos, ou há um nascimento em resultado de uma situação de *wrongful conception*, ou, tendo a concepção sido desejada, veio a verificar-se um nascimento na sequência de um erro médico (também em sentido lato) que retirou à mãe a oportunidade de tomar uma decisão informada e tempestiva sobre a continuação ou a interrupção da gravidez, afirmando os demandantes que, se não fosse o evento lesivo, a criança nunca teria nascido. A atuação do lesante afetou, pois, também a autodeterminação reprodutiva dos pais. Interessa notar, também, que esta lesão se pode verificar mesmo que o feto não tenha qualquer deficiência⁷, em situações em que os eventos ilícitos originaram simplesmente uma concepção ou um nascimento indesejados (ou indesejados naquelas condições). Pode, em consequência dessa lesão, pretender-se tanto a indemnização de um normal “dano de planeamento familiar” (o “*Familienplanungsschaden*”), que é dano patrimonial correspondente ao acréscimo de despesas com mais um filho, como, nas hipóteses de criança com deficiência, do dano *resultante de uma deficiência* da criança nascida — *rectius*, do prejuízo correspondente às necessidades acrescidas (ao “*Mehrbedarf*”) pelo facto de ter nascido com uma deficiência.

Já nas hipóteses ditas de ações por “vida indevida” (“*wrongful life*”)⁸, é igualmente interposta uma ação com fundamento no facto de ter nascido

⁷ Incluímos aqui tanto a malformação congénita do feto como qualquer doença grave, e congénita, de que o nascituro vem a sofrer. Sobre o sentido da indicação embriopática ou fetopática que justifica a interrupção voluntária da gravidez nos termos do art. 142.º, n.º 1, al. c), do Código Penal, v. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, in *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, vol. I, Coimbra, 1999, art. 142, §§ 32 e segs., págs. 184 e segs.

⁸ Designação infeliz, não só por sugerir à partida muito mais do que aquilo que real e concretamente pode estar em causa nos litígios respectivos, como por intuitivamente impelir logo a uma resposta negativa sobre a admissibilidade destas ações. Empregamos essa expressão, porém, por se ter tornado comum na doutrina para designar as hipóteses em questão. É certo, aliás, que a expressão “criança como dano” (“*Kind als Schaden*”, “*bébé préjudice*”), que também por vezes se encontra, ainda são mais criticáveis, pois não é a própria criança, em si, que é o dano, antes este consiste no aumento de despesas com o seu sustento (ou, para os danos não patrimoniais, no sofrimento ligado à gravidez e nascimento, nos termos em que ocorreram, e, eventualmente, também às deficiências da criança).

uma criança indesejada — designadamente, uma criança com uma grave deficiência —, mas a ação é interposta *pela própria criança* em causa (ou pelos seus representantes em seu nome), pedindo uma indemnização como que “por ter nascido”.

2. Estado da questão

A posição dominante na nossa *jurisprudência* orienta-se no sentido de *admitir* as ações por “nascimento indevido”, interpostas pelos progenitores relativamente a danos sofridos por estes, mas *rejeitar* as ações de *wrongful life*, em que é pedida uma indemnização à própria criança, por danos sofridos por esta.

O Supremo Tribunal de Justiça rejeitou estas últimas ações logo no citado Acórdão de 16 de junho de 2001, entendendo que estaria em causa um “direito à não existência”⁹, e que, em qualquer caso, uma tal ação apenas poderia ser exercida pelo próprio filho, e não pelos pais em sua representação¹⁰. Em 2013 o nosso tribunal superior rejeitou de novo uma ação de *wrongful life*¹¹, com fundamentação em parte semelhante, e procurando argumentos adicionais nesse sentido¹². Esta é também a posição defendida por grande parte da *doutrina*¹³.

⁹ Como notámos, este direito, pela contradição que encerra em si mesmo, remete logo o julgador para uma atitude negativista. Mas não é esse direito que está em causa nessas ações, como diremos. Também criticamente, com razão, V. CARDOSO CORREIA, “Wrongful Life Action”, cit., págs. 128 segs.: “não é a vida, em si, que consubstancia o dano, mas sim a vida com deficiência”.

¹⁰ V. *RLJ*, ano 134.º (2001/2002), págs. 376, col. direita, 377, final da col. esquerda.

¹¹ Acórdão de 17 de janeiro de 2013 (relatora: ANA PAULA BOULAROT), proc. 9434/06.6TBM.TS.P1.S1.

¹² Como diremos, entendemos, porém, que também nesse aditamento a fundamentação do aresto é manifestamente claudicante. Este Acórdão tem duas declarações de voto, uma das quais favoráveis à concessão da indemnização à criança, embora só por danos não patrimoniais.

¹³ Contra as ações de *wrongful life*, cf. A. PINTO MONTEIRO, “Direito a não nascer?”, cit., F. PINTO MONTEIRO, “Direito à não existência, direito a não nascer”, cit., A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil — IV: Parte Geral. Pessoas*, 5.ª ed., com a colaboração de ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, Coimbra, Almedina, 2019, págs. 357 e segs., 363-364 (a solução estaria no alargamento dos escopos

Já as ações intentadas pelos progenitores, de *wrongful birth*, têm sido admitidas pela jurisprudência. Em 2012, o Tribunal da Relação do Porto rejeitou a indemnização por danos da própria criança¹⁴, mas aceitou a indemnização dos pais, por danos não patrimoniais e por danos patrimoniais, correspondentes às despesas adicionais causadas pelo nascimento de uma criança deficiente¹⁵. O Tribunal da Relação de Lisboa aceitou

da responsabilidade civil e da tutela da confiança na execução dos contratos, mas reconhecendo uma indemnização apenas aos pais por violação do contrato e do dever de informar), M. CARNEIRO DA FRADA, “A vida própria como dano: perspectivas civis e constitucionais de um tema actual”, cit., LUÍS MANSO, *Responsabilidade civil médica...*, cit., MARTA SANTOS SILVA, “Sobre a (in)admissibilidade das ações por ‘vida indevida’ (*Wrongful life actions*)...”, cit., C. ALMEIDA RODRIGUES, “A problemática inerente às *wrongful life claims*: a sua não admissibilidade pela jurisprudência portuguesa”, *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 10, n.º 19 (2013), págs. 171-188, MARTA N. VICENTE, obs. cit., J. ALBERTO GONZÁLEZ, *Wrongful birth wrongful life*, cit., págs. 88-89, D. COSTA GONÇALVES, “Wrongful life actions em Portugal, 20 anos depois”, cit.

A favor, além do nosso “Indemnização em caso de ‘nascimento indevido’ e de ‘vida indevida’ (*wrongful birth*) e (*wrongful life*)”, cit., GUILHERME DE OLIVEIRA, “O direito do diagnóstico pré-natal”, cit., pág. 12, n. 14, FERNANDO ARAÚJO, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra, Almedina, 1999, págs. 84 e segs., 96-100, FERNANDO DIAS SIMÕES, “Vida indevida?...”, cit., LUSA PAIVA, *Pretensões de wrongful life...*, cit., ANTÓNIO QUEIRÓS, “As ações de *wrongful life* e a legitimidade das suas pretensões”, cit., P. NATÉRCIA ROCHA, “Desafios ético-jurídicos...”, cit., SARA GONÇALVES DA SILVA, obs. cit., FERNANDA ALMEIDA, “Cogito ergo (non volleo) sum...”, cit. Tendencialmente a favor também A. DIAS PEREIRA, *O consentimento informado...*, cit., idem, “Deliberações éticas e deliberações jurídicas”, cit., VERA L. RAPOSO, *O direito à imortalidade...*, cit., págs. 609 e segs. Menos claramente, cf. LUÍS GUIMARÃES PINTO, “Ações *wrongful birth* e *wrongful life*. Uma controvérsia sobre responsabilidade médica civil”, *Lustada Direito*, 12 (2014), págs. 357-387, VANESSA CARDOSO CORREIA, “Wrongful life action : comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001”, *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 1, n.º 2 (2004), págs. 125-131.

¹⁴ Acórdão de 1 de março de 2012 (relator FILIPE CAROÇO, proc. 9434/06.6TB-MTS.P1), com o arg. de que o dano em causa não tem consagração legal, e de que seria inadmissível por não se poder considerar preferível o “não-ser” ao ser, de que o nascimento é um ato de vontade dos pais, e não do feto, pelo que este é produto de uma decisão dos pais.

¹⁵ Também admitindo a ação de *wrongful birth*, cf. a decisão em matéria de prova no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19 de junho de 2012

depois, em Acórdão de 29 de abril de 2014, a existência de responsabilidade em caso de *wrongful birth*, dizendo que, apesar de o dano não residir na impossibilidade de decidir em determinado sentido (de efetuar ou não o aborto), mas na impossibilidade de decidir de forma livre e esclarecida, independentemente de qual teria sido o sentido da decisão, tais ações só serão admissíveis em ordenamentos jurídicos que não proíbam o aborto fundado em doença ou malformação embrionária ou fetal. No entanto, não considerou provado o dano e o nexo de causalidade no caso concreto, por falta de manifestação de vontade da mãe em interromper a gravidez¹⁶. Em 2015, o mesmo Tribunal concedeu de novo uma indemnização aos pais de uma criança nascida com uma malformação, em caso de erro de diagnóstico, admitindo as *wrongful birth actions*, também num caso de responsabilidade contratual, tendo o tribunal admitido que existe nexo de causalidade relevante entre a vida portadora de deficiência e a correspondente omissão de informação do médico pelo virtual nascimento do feto com malformação, devido a inobservância das *leges artis*, mesmo que outros fatores tenham para ela concorrido, como seja a deficiência congénita¹⁷.

Por sua vez, o Supremo Tribunal de Justiça admitiu também, em Acórdão de 12 de março de 2015¹⁸, uma indemnização aos pais que, em caso de nascimento de uma criança com deficiência, reagem contra o médico, e/ou instituições hospitalares ou afins, por não terem efetuado os exames pertinentes, ou porque os interpretaram erroneamente, ou porque não comunicaram os resultados verificados, tendo sido impedidos de optarem pela interrupção da gravidez. Tratava-se também de um caso de responsabilidade contratual, tendo sido considerados ressarcíveis danos não patrimoniais e patrimoniais, mas apenas se incluindo nestes últimos os relacionados com a deficiência, a partir de uma comparação entre os

(relatora ROSA TCHING, proc. 1212/08.4TBBCL.G1) — tal como o anteriormente cit., disponível em *www.dgsi.pt*.

¹⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de abril de 2014 (relator ROQUE NOGUEIRA, proc. 57/11.9TVLSB.L1-7).

¹⁷ Acórdão de 30 de abril de 2015 (relatora CATARINA MANSO, proc. 2101-11.0TVLSB.L1-8).

¹⁸ Relator HÉLDER ROQUE, proc. 1212/08.4TBBCL.G2.S1.

custos de criar uma criança nessas condições e as despesas inerentes a uma criança normal (pois os pais aceitaram voluntariamente, a gravidez, conformando-se com os encargos do primeiro tipo).

É indispensável também notar que o Tribunal Constitucional, em recurso do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça por último citado, se pronunciou sobre a conformidade constitucional — em particular com a proteção constitucional da vida humana — da norma aplicada no aresto citado do Supremo. Decidiu o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 55/2016¹⁹ “não julgar inconstitucionais os artigos 483.º, 798.º e 799.º do Código Civil, interpretados no sentido de abrangerem, nos termos gerais da responsabilidade civil contratual — no quadro de uma ação designada por nascimento indevido (por referência ao conceito usualmente identificado pela expressão *wrongful birth*) —, uma pretensão indemnizatória dos pais de uma criança nascida com uma deficiência congénita, não atempadamente detetada ou relatada aos mesmos em função de um erro médico, a serem ressarcidos (os pais) pelo dano resultante da privação do conhecimento dessa circunstância, no quadro das respetivas opções reprodutivas, quando esse conhecimento ainda apresentava potencialidade para determinar ou modelar essas opções”. A fundamentação desse Acórdão n.º 55/2016 é particularmente relevante, designadamente pelas considerações que o levaram a contrariar a suposta relevância da contradição ou “paradoxo da não identidade”, a incompatibilidade ética ou com o direito à vida das ações de *wrongful birth*, ao situar a questão, corretamente, no plano abstrato do apuramento da contrafactualidade relevante, e não da violação concreta da vida humana já existente. E isto, igualmente com relevância para a avaliação das ações de *wrongful life*, de tal sorte que ficaria necessariamente incompleto um balanço da evolução da questão nas últimas duas décadas sem considerar a fundamentação desse aresto²⁰.

¹⁹ Relator TELES PEREIRA; disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

²⁰ É, porém, o que faz D. COSTA GONÇALVES, “Wrongful life actions em Portugal, 20 anos depois”, *passim*.

3. Argumentação contrária à indemnização

Em 2008, pronunciamo-nos²¹ a favor da admissibilidade da indemnização quer nas ações de *wrongful birth*, quer nas ações de *wrongful life*. Como referimos, esta posição, acompanhada nalguma doutrina, não logrou convencer a nossa jurisprudência superior, que (como aliás em muitos países europeus) continuou a negar a indemnização por *wrongful life*, bem como grande parte da doutrina. Não podemos, nesta sede, analisar aprofundadamente toda a argumentação desenvolvida na questão, mas apenas tratar de algumas das objeções que mais parecem impressionar a posição que nega a indemnização.

a) *A alegada irrelevância civilística da perda da possibilidade de interromper a gravidez*

Alguns doutrina entende que a perda da possibilidade, pelos progenitores, de interromper a gravidez nunca pode constituir um ato lesivo, uma vez que considera que está em causa a prática de um ato que, embora não seja punido, continuaria a ser *ilícito para o direito civil*²².

É certo que, como notámos já em 2008, o campo de possibilidade de uma indemnização em casos de “nascimento indevido” ou de “vida indevida” é *delimitado pela licitude da interrupção da gravidez* que foi impedida: o problema só se põe na medida em que, se tivessem sido cumpridos corretamente todos os deveres do lesante, a interrupção da gravidez não tivesse sido ilícita. Caso contrário, a violação dos deveres, em hipóteses em que não seria admitida a interrupção da gravidez, como ato lícito, não é, ob-

²¹ Primeiro em *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra, 2008, vol. I, págs. 738 e segs., n. 2095; depois no artigo cit., “Indemnização em caso de ‘nascimento indevido’ e de ‘vida indevida’ (*wrongful birth* e *wrongful life*)”.

²² Defendendo a ilicitude jurídico-civil do aborto, aparentemente sem restrições, v. DIOGO COSTA GONÇALVES, “O início da personalidade jurídica e a capacidade jurídica parcial (*Teilrechtsfähigkeit*)”, in *Revista de direito civil*, III (2018), 3, págs. 583-614, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Em busca da congruência perdida em matéria de proteção da vida do nascituro. A perspectiva do direito civil”, *BFD*, Coimbra, 92, n. 1 (2016), págs. 23-72 (35 e segs.).

viamente, suscetível de fundar qualquer obrigação de indemnização pelo nascimento ou pela deficiência, mas apenas, quando muito, pela conceção indevida (nos casos em que o evento lesivo foi causa dessa conceção).

No direito português, porém, além de a interrupção da gravidez não ser punida quando for efetuada, nas primeiras 10 semanas de gravidez, por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e por opção da mulher grávida, ela também não é punida quando se verificarem certas indicações: a indicação *médica* (artigo 142.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), do Código Penal: quando constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida, ou para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez); a indicação *embriopática* (alínea *c*) da mesma norma: quando houver “seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excecionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo”); e indicação baseada na proteção da *liberdade sexual negativa* (alínea *d*): quando a gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas).

Concordamos, também, na recusa de qualquer dever dos progenitores, baseado na mera licitude penal da interrupção voluntária da gravidez. Seria a nosso ver valorativamente contraditório com a proteção constitucional da vida humana e da paternidade aceitar um dever dos pais, no sentido da destruição de vida humana pré-natal (mesmo que apenas como ónus de não agravamento ou “mitigação” dos danos, para efeitos de valoração da uma “culpa do lesado”).

Isto não significa, porém, que em todos os casos referidos — designadamente, naqueles em que a lei penal admitiu a existência de indicações concretas que justifiquem a conduta — a interrupção voluntária da gravidez continue a ser um ato ilícito civil. A fundamentação desta ilicitude numa ideia de “capacidade jurídica parcial”²³, para além de não

²³ D. COSTA GONÇALVES, “O início da personalidade jurídica e a capacidade jurídica parcial”, cit.

ter base legal (cf. os artigos 66.º, n.º 1, e 67.º do Código Civil), contraria a ideia de ilimitabilidade da personalidade humana, e parece-nos mesmo encerrar alguns perigos, para além de não ser imposta para a proteção da vida humana pré-natal²⁴. Nos casos de risco de morte ou risco grave para a saúde da mãe, de grave doença ou malformação congénita, ou de gravidez resultante de violação, não é, a nosso ver, aceitável a qualificação do aborto como um ato ilícito civil, e apenas não punível.

São, aliás, injustificadas — ou têm outros fundamentos — as consequências que alguma doutrina procura retirar²⁵ da alegada ilicitude civil da interrupção voluntária da gravidez. Assim, o eventual direito do pai a um ressarcimento caso discorde da interrupção, a existir, deverá poder basear-se nos seus próprios direitos. E temos por muito duvidoso, pelo menos, o pedido do pai de decretamento de providências para evitar a interrupção da gravidez e forçar o nascimento, nos termos do artigo 70.º, n.º 2, do Código Civil, quando está em causa o aborto por opção da mãe nas primeiras 10 semanas de gravidez — afigurando-se mesmo repugnante nos casos em que a interrupção se baseia numa indicação específica²⁶.

Não consideramos, pois, que a interrupção voluntária da gravidez seja um ato ilícito civil, pelo menos nos casos em que existe uma indicação como aquelas que a lei penal considera para a despenalização do aborto mesmo depois das 10 semanas de gravidez²⁷. No caso de crian-

²⁴ As soluções em que se procura fundamentar tal “capacidade jurídica parcial” — como a possibilidade de ressarcimento de danos não patrimoniais sofridos pelo nascituro devido ao falecimento do progenitor antes do seu nascimento — também não a impõem, a nosso ver.

²⁵ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, in *Forjar o Direito*, Coimbra, Almedina, 2015, págs. 229-252 (231), RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pág. 162, D. COSTA GONÇALVES, “O início da personalidade jurídica e a capacidade jurídica parcial...”, cit., pág. 612, M. MIRANDA BARBOSA, “Em busca da congruência perdida em matéria de proteção da vida do nascituro. A perspectiva do direito civil”, cit., pág. 47

²⁶ Ninguém nunca terá defendido essa possibilidade, tanto quanto sabemos, quando o requerente for o violador.

²⁷ Outras consequências práticas não dependem da ilicitude civil do aborto. É o caso: da inviabilização da invocação pelo pai da criança que nasceu contra sua vontade que a mãe poderia ter abortado, para se eximir das suas responsabilidades

ças que vêm a nascer com malformações, na ação de indenização é normalmente invocada a perda da possibilidade de abortar com base na indicação embriopática²⁸, prevista na citada alínea *c*) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal.

A perda da possibilidade de interromper a gravidez, por violação dos deveres médicos ou similares, não é, pois, a perda da possibilidade de prática de um ato ilícito. Antes pode relevar como lesão à liberdade reprodutiva da mãe, nos casos e limites em que esta podia ser exercida licitamente.

b) A alegada inaceitabilidade ético-jurídica

São, depois, dirigidas algumas objeções no plano *ético-jurídico* nos casos que consideramos.

É de rejeitar, claramente — e foi rejeitada pelo Tribunal Constitucional — a alegação de que tais ações seriam incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e com a proteção ou com a inviolabilidade da vida humana²⁹. Na verdade, é claro que não se questiona a inadmissibilida-

paternais; da existência de uma lesão do direito geral de personalidade, ou direito à liberdade, se for exercido “terror psicológico” sobre a mãe para que aborte; ou da ilicitude da publicidade a serviços de interrupção voluntária da gravidez, que nada tem a ver com a alegada ilicitude civil destes serviços (aliás, prestados pelo Serviço Nacional de Saúde, por exemplo, no caso de risco de morte ou para a saúde da mãe ou de violação). Cf., porém, aparentemente querendo retirar daqui a ilicitude civil do aborto, D. COSTA GONÇALVES, “O início da personalidade jurídica e a capacidade jurídica parcial...”, cit., pág. 612. Cf. também Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, IV, pág. 369.

²⁸ Poderá questionar-se a justificação, e até a legitimidade constitucional, desta indicação, com fundamento na discriminação das pessoas com deficiência. Por esta razão, ela foi eliminada no direito alemão. Mas não foi essa a ponderação do nosso legislador penal, que considerou a probabilidade da existência de grave doença ou malformação congénita incurável como razão justificativa da interrupção voluntária da gravidez, para fins penais. E cremos que, se e enquanto não for revista, a mesma ponderação deverá valer no direito civil.

²⁹ Contra uma indenização da mãe por danos não patrimoniais em resultado de uma gravidez indesejada, por incompatibilidade com a dignidade humana e o direito à vida da criança, v. KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, *Lehrbuch des Schuldre-*

de de uma qualquer “reconstituição natural”, consistente na eliminação da criança deficiente, ou sequer o sancionamento da eficácia jurídica de um ato tendente à disposição sobre a vida. E não se vê como pode a indisponibilidade da vida humana ser afetada por se reconhecer uma indemnização à própria criança (ou aos seus pais).

Recordemos o que se disse no citado Acórdão n.º 55/2016, do Tribunal Constitucional, sobre esta matéria:

- nas referidas ações, a qualificação do nascimento como “indesejado” “traduz-se numa afirmação reportada à caracterização de um facto passado que se tornou num dado imutável do presente e cuja abordagem indemnizatória se esgota na fixação de uma indemnização em dinheiro”, não estando em causa “qualquer modificação de uma realidade física existencial, tudo se passando no domínio da abstração, relativamente àquilo de que se fala a respeito da ‘interrupção da gravidez, esgotada na argumentação em plano hipotético, equacionando algo que poderia ter acontecido mas que, efetivamente, não aconteceu; trata-se de uma operação intelectual de fixação dos pressupostos com base nos quais se determinará qual o comportamento que era devido pelos médicos, no sentido da realização de um exame de diagnóstico pré-natal no quadro do relacionamento contratual estabelecido com os pais da criança”;
- assim, “não procede, na discussão da viabilidade das ações por *wrongful birth*, o modelo argumentativo traduzido na rejeição da indemnização em virtude de a reposição da situação hipotética que pressuporia a ausência de dano conduzir a algum tipo de afirmação retrospectiva (enquanto correspondência à situação de ausência de dano) da ‘não existência’ do sujeito em função do qual a verificação do dano é afirmada, em virtude da (hipotética e não efetivamente verificada) interrupção da gravidez”;
- a construção referida — o “problema da não existência” ou “pa-

chts, II — *Besonderer Teil*, 2. *Halbband*, 13.^a ed., München, 1994, § 76, II, pág. 383. Pondo o problema dos fundamentos da posição a adotar no plano da conceção da vida humana em termos subjetivistas (existencialistas) ou como valor objetivo, v. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A vida própria como dano...”, cit., págs. 321 e segs.

radoxo da não existência” — contribuiu para, inicialmente, a jurisprudência rejeitar as atribuições indemnizatórias nas *wrongful birth claims*, no sentido em que a observância do comportamento lícito teria conduzido os pais, tivessem estes sido informados a tempo da deficiência do filho em gestação, à prática de um aborto e, assim, à supressão da vida em função da qual a indemnização é (depois) pedida, pelo que a afirmação da existência de um dano conduziria a uma contradição valorativa insuperável; noutra plano, “por referência ao carácter inviolável da vida humana, a negação da possibilidade de que um dano possa ser construído com esta base assentaria na recusa de encarar a vida de alguém, mesmo no quadro de uma mera operação intelectual contrafáctica, como um *dano*”;

- estas reservas podem ser afastadas “desvalorizando-se o sentido do paradoxo da não existência, por via da caracterização da realidade em causa nessas ações como substancialmente distinta nos seus pressupostos da afirmação hipotética contida na formulação do paradoxo”, tratando-se, “pelo contrário, de fixar uma indemnização, necessariamente fora de qualquer quadro de ‘reconstituição natural’, por danos atuais imutáveis, sempre atribuída em função de uma efetiva situação de existência e sempre estabelecida por referência a desvalores decorrentes das peculiaridades da atividade de médicos agindo no quadro de um diagnóstico pré-natal”;
- subjacente a esta posição “está a consideração de não se justificar deixar fora da tutela indemnizatória a má-prática médica nestas situações, vistas como correspondentes a obrigações de resultado, e de não ser justo, igualmente, não conferir essa tutela aos destinatários da informação contida nesse tipo de diagnóstico” — a “circunstância de assentarem, de alguma forma, numa construção contendo algo de paradoxal, pouco ou nada muda nessa essência reparatória de danos sofridos por pessoas determinadas em resultado do desvaler da conduta de outras pessoas”;
- assim, “mesmo colocando-se o acento tónico na questão da não existência, prevalece a circunstância de esta se esgotar numa construção intelectual, sem qualquer repercussão efetiva na existência de alguém, enquanto dado de facto que não sofre alteração alguma com o estabelecimento de uma indemnização em dinheiro”.

O Tribunal Constitucional concluiu, assim, que o direito à vida, no contexto do n.º 1 do artigo 24.º da CRP, não exclui, no quadro da afirmação da sua inviolabilidade, “que a aferição da existência de um dano envolva uma operação intelectual de cariz contrafactual que identifique, como hipóteses não verificadas, as várias opções que se colocariam aos pais de uma criança nascida com uma deficiência congénita, da qual não foram informados durante a gestação, caso essa informação — da qual eram contratualmente credores — lhes tivesse sido fornecida em determinadas circunstâncias de tempo”.

Subscrevemos este percurso argumentativo. A afetação ou degradação do valor da vida só seria possível se a concessão de uma indemnização nas ações em questão *pressupusesse um juízo sobre esse valor*, sobre o valor da existência humana comparada com a “não-existência”. Mas tal pressuposto assenta num equívoco, potenciado em parte pelas designações da problemática, que convidam à entrada numa “ladeira escorregadia”. Antes pelo contrário: no julgamento dos casos em apreço “ser ou não ser *não* é a questão”, nem há, sequer, que “desempenhar o papel de Hamlet”³⁰.

Do que se trata não é (pelo menos enquanto não estiverem em causa danos não patrimoniais pelo mero facto do nascimento de uma criança saudável) da *vida como valor ou desvalor*, mas antes, realmente, dos sofrimentos e das necessidades causadas, designadamente, pela deficiência³¹. Como se disse na decisão holandesa do caso “*baby Kelly*”, “a perspectivação implícita do nascimento de uma criança seriamente deficiente como ‘dano’ não leva obviamente pressuposto qualquer juízo sobre a consideração do valor dessa criança, ou da sua existência, como pessoa, e ainda menos implica que a própria vida de Kelly seja marcada como um dano”.

³⁰ Assim, ANNE MORRIS/SEVERINE SAINTIER, “To Be or Not To Be: Is That The Question? Wrongful Life and Misconceptions”, in *Medical Law Review*, 11, 2003, págs. 167-193, e EWOUT HONDIUS, “The Kelly Case — Compensation for Undue Damage for Wrongful Treatment”, in J. K. M. GEVERS/E. W. HONDIUS/J. H. HUBBEN, orgs., *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, Leiden-Boston, 2005, págs. 105-116, 113 e segs. (“*Human Dignity and Embarking on a Slippery Slope: To Be or Not To Be is Not the Question*”); e já o nosso “Indemnização em caso de ‘nascimento indevido’ e de ‘vida indevida’ (*wrongful birth* e *wrongful life*)”, cit., pág. 761, nota.

³¹ Neste sentido, E. DEUTSCH/A. SPICKHOFF, *Medizinrecht*, cit., pág. 224, com mais indicações de doutrina alemã.

E mesmo a reparação de danos não patrimoniais dos pais “não implica que a existência de Kelly seja para eles uma fonte de sofrimento, antes se baseia exclusivamente em que o médico cometeu uma falta tão grave, perante um direito tão fundamental dos pais, que isso tem de ser reconhecido na forma de uma reparação pela qual se dê aos pais uma satisfação segura pela falta cometida”.

Salvo o devido respeito, nota-se mesmo no argumento *ex adverso*, que invoca a seu favor a dignidade da pessoa humana, retórica a mais e lógica ou análise a menos — traços semelhantes aos da objeção dirigida, em tempos, à categoria dos direitos de personalidade, em nome da impossibilidade de degradação da personalidade humana à condição de objeto de direitos, esquecendo que tal categoria não restringe efetivamente a tutela da personalidade. Cumpre, na verdade, perguntar³² se “se respeita mais a dignidade humana quando se recusa a indemnização, ou, pelo contrário, não será precisamente o *respeito pela pessoa humana* a exigir que se lhe reconheça esse direito *a fim de suportar a vida com um mínimo de condições materiais e de dignidade?*” A nossa resposta mantém-se claramente neste último sentido³³. Também a indemnização *aos pais* não conflitua com a dignidade da criança como pessoa, não nega o seu direito à existência ou afirma, implicitamente, que teria sido preferível a não-existência a uma existência tal como a que se verifica: “antes pelo contrário, é também no interesse da criança [e da criança tal como existe, acrescentamos] que os pais não podem ser privados da possibilidade de exigir, no interesse de toda a família, incluindo a nova criança, uma compensação pelo custos” acrescidos do seu sustento³⁴. Tal não significa, porém, que haja que dei-

³² Como faz A. PINTO MONTEIRO, anot. cit., *RLJ*, pág. 383.

³³ V. tb. E. HONDIUS, ob.cit., pág. 115. Negando a contradição entre a indemnização por *wrongful life* e o valor supremo da vida humana, tb., por ex., CHRISTOPH HERRMANN/GISELA KERN, “‘Wrongful Life’ claims and the Absolute Value of Human Life — A Contradiction?”, in GERT BRÜGGEMEIER/ AURELIA COLOMBI CIACCHI/GIOVANNI COMANDÉ (orgs.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union. Vol. II.: Comparative Analyses of Selected Case Patterns*, Cambridge University Press, a publicar em 2008.

³⁴ Assim, o *Hoge Raad* holandês, decisão de 21 de fev. de 1997 (aceitação da indemnização pelos custos de educação e pela perda de rendimentos por uma gravidez indesejada na sequência da remoção de implante contraceptivo intra-uterino, sem

xar a criança dependente dessa exigência pelos pais, negando-lhe a ela própria indemnização, quando os pais a não exijam ou (já) não existam.

Não vemos, aliás, como é que a atribuição de uma indemnização *também* à própria criança atinge a sua dignidade, pois essa pretensão indemnizatória *não tem de assentar na conclusão de que a existência como deficiente é menos valiosa* do que a não-existência. Ao atribuir uma indemnização à própria criança que nasceu deficiente em consequência de um erro ilícito está-se, pelo contrário, justamente a promover a dignidade humana da criança³⁵.

Reconhece-se, sem dúvida, que a solução da atribuição de uma indemnização à criança pelo facto de ter nascido com uma deficiência que não teria sido possível evitar depois de ter sido detetada é contraintuitiva. Mas impõe-se aqui uma reanálise, ou um refinamento, das primeiras intuições em jogo, centrado nos *resultados práticos* em questão, e não em problemas abstratos, que não estão em causa, como os do valor comparativo da vida e da não-vida ou da dignidade humana. É preciso distinguir claramente as interpretações de certos princípios abstratos dos resultados práticos, por vezes verdadeiramente inversos dos proclamados pelos valores em nome dos quais os críticos da indemnizabilidade assumem as suas posições.

Na verdade, e como salientámos já em 2008, a negação de uma indemnização com fundamento na inadmissibilidade de uma bitola “contrafactual”, ou hipotética, a que aquela criança que formula a pretensão possa almejar, envolve mesmo, nos *resultados* a que chega (que são evidentemente o teste decisivo), como que um *renovada afirmação* da ofensa que lhe foi feita: não só a criança nasceu com uma grave defi-

substituição e sem informação à paciente), anotada por FERNAND KEULENEER, ISMENE ANDROULIDAKIS-DIMITRIADIS e BARBARA POZZO (resp. nas perspectivas belga, grega e italiana), in *ERPL*, 1999, 2, págs. 241-256.

³⁵ Como também salientou o *Hoge Raad* holandês, “antes se lhe possibilita, tanto quanto um pagamento pecuniário o consegue, que leve uma existência, na medida do possível, de acordo com a dignidade humana. Kelly seria antes prejudicada se, por causa daquele ilícito, tivesse não só que viver uma vida com deficiência como, além disso, de ser privada de todo o tipo de compensação monetária com base num argumento que se baseia na situação — de não existência — que teria existido se à mãe tivesse sido tornado possível o exercício do seu direito à escolha, o que não aconteceu devido ao ilícito cometido”. Cit. decisão de 2005 (“*baby Kelly*”), n.º 4.15.

ciência, como, na medida em que *não teria podido existir de outro modo*, é-lhe vedado *sequer comparar-se* a uma pessoa “normal”, para o efeito de obter uma reparação pelo erro médico. Não pode resistir-se a comparar a proclamação do valor da dignidade como fundamento da negação da indemnização, por um lado, e o resultado “pouco digno” de dizer à criança que, qual “*Untermensch*”, não pode *sequer comparar-se* a um ser humano completamente funcional porque nunca poderia ter concretamente existido de outra maneira... Temos por claro que, mesmo que individualmente não fosse possível o nascimento daquela criança sem deficiência, *existe* um padrão contrafactual de comparação — que é o da pessoa humana sem malformações e regularmente funcional. Para evitar o referido resultado, é a esse padrão que há que recorrer³⁶.

O que se impõe em nome da dignidade humana, pelo contrário, é aproveitar, também aqui (e não só no direito sucessório ou para a proteção contra lesões sofridas no ventre materno), todas as potencialidades da ideia clássica de que “*nasciturus pro jam nato habetur quotiens de commodis ejus agitur*” (“tenha-se o nascituro por nascido, na medida em que se trate dos seus interesses”), como salientou já Orlando de Carvalho³⁷, não no sentido de uma personalidade jurídica parcial, no que favoreça os interesses do nascituro, mas no sentido de que “a personalidade jurídica que lhes advirá pelo nascimento é à medida da respetiva personalidade humana”³⁸.

³⁶ Assim, também H. STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*, cit., pág. 285. V., para a discussão e rejeição do referido contraargumento “contra-factual”, v. já JOEL FEINBERG, “Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming”, in ID., *Freedom and Fulfillment*, Princeton, Univ. Press, 1992, págs. 3-36, SEANA V. SHIFFRIN, “Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm”, *Legal Theory*, vol. 5, 1999, págs. 117 e segs., F. ALLAN HANSON, “Suits for Wrongful Life, Counterfactuals and the Nonexistence Problem”, *S. Cal. Interd. LJ*, 5, 1996, págs. 1-24.

³⁷ *Teoria geral do direito civil (sumários desenvolvidos)*, 1980-81, reimpressão em *Teoria geral do direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, págs. 172, e já idem, *Teoria geral da relação jurídica — bibliografia e sumário desenvolvido*, Coimbra, policop., 1970, pág. 28.

³⁸ *Ibidem*.

c) *A fundamentação da jurisprudência que nega a indemnização por wrongful life*

Em qualquer caso, a fundamentação da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça — em particular no último Acórdão, de 2013, sobre a matéria — deixa a desejar, por comparação com a profundidade do debate que o tema suscitou. Esse Acórdão de 17 de janeiro de 2013 chega mesmo a afirmar que “qualquer solução em contrário” da negação da indemnização fere a “*proteção da dignidade, inviolabilidade e integridade da vida humana*” — o que (quanto às ações de *wrongful birth*, mas de modo inteiramente aplicável às ações de *wrongful life* no que tange ao alegado desvalor para a dignidade humana e para a vida da indemnização pelo nascimento indevido) foi contrariado de forma convincente pelo já citado Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 55/2016.

Afirma-se, ainda, nesse aresto de 2013, que existiria “completa inexistência de *ilicitude, culpa e nexo de causalidade*” entre a atividade dos demandados e as malformações do demandante, porque “estas não foram devidas a qualquer ação ou omissão daqueles”, antes este “nasceria sempre com tais maleitas, não tendo havido qualquer acto ou omissão” dos demandados a provocá-las. Ora, é claro que a lesão em questão, que competia ao tribunal ajuizar, não era uma lesão dos médicos à integridade física do nascituro, mas antes a violação do contrato, ou de deveres de tutela da saúde do nascituro, que impendiam sobre aqueles, pelo comportamento censurável e contrário às *leges artis* daqueles.

A consideração de que os pais *poderiam ter optado por não interromper a gravidez*, que é exata, é, no entanto, inteiramente inepta para afastar a pretensão indemnizatória. Esta assentava, justamente, na remoção ilícita dessa possibilidade pelo comportamento dos médicos, e, portanto, que eles teriam pelo menos tido essa opção — caso os demandantes tivessem agido do mesmo modo, claro que não poderia ser pedida qualquer indemnização³⁹. E a comparação com a possibilidade de ação do filho diri-

³⁹ O que se verificou, como já vimos, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de abril de 2014, que por isso considerou não estar demonstrado o nexo de causalidade.

gida contra os pais, ou com uma suposta obrigação destes de interromper a gravidez, é nada menos do que manifestamente improcedente⁴⁰.

O referido aresto de 17 de janeiro de 2013 invoca, também — como, aliás, já o de 2001 —, o facto de alegadamente a solução oposta levar a questionar “outras situações paralelas tais como a eutanásia e o suicídio”, apesar de se não poder chegar “à conclusão que afinal poderá existir um “direito à não vida”. A questão da *eutanásia não tem, porém, paralelo relevante* com a ação de *wrongful life*, em que ninguém pede para uma vida concreta ser eliminada⁴¹.

⁴⁰ Dela se distancia aliás (por faltar qualquer ato ilícito), na sua declaração de voto no cit. Acórdão de 2013, a Cons. Maria dos Prazeres Beleza, apesar de acompanhar a negação da indemnização por entender que esta “implicaria necessariamente o reconhecimento da titularidade de um direito à não existência”, rejeitado pela ordem jurídica.

Com efeito, não só a indemnização a pedir pela criança se não baseia num seu “direito à não-existência”, ou, sequer, à interrupção da gravidez da qual veio a nascer, como é claro que uma ação *contra os pais* envolve a convocação de dimensões qualitativamente diversas daquelas que estão em causa na apreciação das consequências de um erro médico (para E. HONDIUS, “The Kelly Case...”, cit., pág. 114, o arg. da ação contra os pais seria “o próximo passo na ladeira escorregadia” — e o Acórdão do STJ de 2013 não deixa de o dar). Há aqui que ter em conta também razões específicas do direito da família (HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Schadensersatz*, 3.^a ed., Tübingen, Mohr, 2003, pág. 337), e, sobretudo, o conflito com o exercício da liberdade reprodutiva dos próprios pais.

⁴¹ Sobre essa questão, recorde-se, em todo o caso, que no acórdão de 16 de fevereiro de 2020, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que: “o direito geral de personalidade (art. 2, I, em conjugação com art. 1, I, da Lei Fundamental) inclui, como expressão de autonomia pessoal, um direito à morte autodeterminada (*“selbstbestimmtes Sterben”*)”, que “o direito à morte autodeterminada inclui a liberdade de se tirar a própria vida”, e que “a decisão do indivíduo de, em conformidade com o seu entendimento da qualidade e sentido da vida, pôr termo à própria existência, deve à partida ser respeitada pelo Estado e pela sociedade como ato autónomo de autodeterminação”. E foi mais longe, decidindo que “a liberdade de se tirar a própria vida inclui também a liberdade de para o efeito procurar ajuda junto de terceiros e de aceitar ajuda na medida em que for oferecida”. Daqui concluiu o *Bundesverfassungsgericht* pela inconstitucionalidade da incriminação do incentivo profissional ao suicídio (§217, I, do Código Penal alemão). V. a decisão em *NJW*, 2020, págs. 905-21. Como se salientou em comentários à decisão (STEFAN MUCKEL, “Verfassungswidrigkeit des Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung”,

E o mesmo deve dizer-se do tratamento penal do *suicídio*⁴².

Nem sequer pode, aliás, concluir-se sobre as ações de indemnização por *wrongful life* por causa da rejeição de um pretensão “direito à não vida”, que também parece impressionar o citado aresto de 2013. Pois não é esse direito que é invocado ou que está em causa nessas ações. A questão da fundamentação da ilicitude — e a rejeição da violação de um tal direito — parece, aliás, ser também considerada um obstáculo relevante às ações de *wrongful life*. A citada decisão de 2013 do Supremo Tribunal de Justiça não conseguiu fundamentar essa ilicitude contratual “pois o Autor não foi parte no contrato” entre os médicos e os seus progenitores e não poderia estar em causa um direito de um nascituro. A transposição da responsabilidade perante os pais para o filho exigiria, assim, uma “ficção jurídica responsabilizante a título, *quicá*, humanitário, permitindo ao Autor uma indemnização que lhe permitisse levar uma existência na medida do possível de acordo com a dignidade humana”. E também não poderia recorrer-se ao “contrato com eficácia de proteção para terceiro”, porque não poderia considerar-se como terceiro o feto, “inexistente enquanto ser humano — em gestação apenas — face ao preceituado no normativo inserto no artigo 66.º, n.º 1” do Código Civil: o nascituro não poderia “ser parte interessada num contrato havido entre

JA, 2020, pág. 473-6, MICHAEL SACHS, “Grundrechte: Recht auf selbstbestimmtes Sterben”, *JuS*, 2020, págs. 580-2), o Tribunal Constitucional alemão reconheceu um *novo direito de personalidade*, ou uma *nova dimensão* do direito geral de personalidade constitucionalmente garantido: o direito à morte autodeterminada. V., já antes, na doutrina, por ex.: FRIEDHELM HUFEN, “Selbstbestimmtes Sterben — Das verweigerte Grundrecht”, *NJW*, 2018, págs. 1524-8, UDO FINK, *Selbstbestimmung und Selbsttötung – verfassungsrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit Selbsttötungen*, Köln, Heymann, 1992.

A questão tem sido, como é sabido, discutida entre nós, tendo o Tribunal Constitucional declarado inconstitucional o decreto que descriminalizava a morte medicamente assistida, no seu Acórdão n.º 123/2001, de 15 de março de 2021, por indeterminabilidade da noção “lesão definitiva de gravidade extrema segundo o consenso científico”.

⁴² O facto de este não poder ser punido, quando consumado, é, aliás, contra o que se diz no cit. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2013, irrelevante, pois sempre poderia ser punido quando tentado, o que também não é o caso. O tratamento penal do suicídio nada releva, porém, para a questão que nos ocupa.

aqueles que a conceberam, sendo a mesma na altura um nascituro e por isso carecida de personalidade jurídica”, sem prejuízo de a lei lhe atribuir alguns direitos⁴³.

Não há, porém, *qualquer obstáculo*, nem muito menos é “paradoxal” a inclusão do nascituro no âmbito de proteção do contrato celebrado entre os progenitores e os médicos, antes do nascimento daquele. São perfeitamente configuráveis deveres contratuais, e legais, dirigidos à proteção da saúde de pessoas não nascidas (e até não concebidas), as quais, como é evidente, não podem ser parte nesses contratos. No entanto, caso venham a nascer, adquirirão a proteção resultante das disposições contratuais e legais em causa — não existindo, aliás, qualquer taxatividade dos direitos que podem ser atribuídos ao nascituro, que os adquirirá depois do seu nascimento. Isto, sendo certo que a indemnização atribuída aos progenitores pode ser insuficiente, quer por poder consumida nas suas despesas (ou dívidas), quer por estes poderem já não existir, ou estar disponíveis, quando a criança necessita de meios patrimoniais⁴⁴.

⁴³ “A defesa de uma aplicação analógica das regras de proteção de terceiros, em sede estritamente obrigacional, à situação que nos ocupa, de acção por *wrongful life* (...) é no mínimo paradoxal, pelo menos em casos flagrantes, como o que apreciamos, em que as partes não conceberam tal hipótese como abrangida no plano negocial previamente estabelecido, nem o ‘terceiro’, no caso o então nascituro J, podia interagir com os contraentes, porque terceiro ainda não era para os sobreditos efeitos”

⁴⁴ Em declaração de voto, o Cons. Pires da Rosa defendeu a concessão da indemnização à criança, mas apenas a título de danos não patrimoniais, e só destes, “porque a completa ausência de autonomia atual e futura fez recair na autora sua mãe a necessidade de patrimonializar por completo em si própria a indemnização de que, por toda a vida, necessitará para garantir a dignidade mínima da vida de seu filho”, embora “devendo ficar bem claro que a quantia que vier a receber a esse título será, em absoluto, constringida às necessidades do J” [a criança demandante]. O facto de o montante da indemnização ter de ser gerido pelos progenitores representantes do incapaz (como o património de qualquer incapaz) não é, porém, argumento contrário à concessão da indemnização. E além de não existir base legal para a distinção, com negação da indemnização à criança dos seus danos patrimoniais, mas concessão de uma compensação por danos não patrimoniais, não existe também previsão legal para assegurar a proteção da indemnização em relação a atos de disposição, ou, por exemplo, aos credores dos progenitores, salvo se se tratar de prestações alimentares. Mas neste caso o dano que os pais podem liquidar corresponde às prestações alimentares do seu filho a que ficam sujeitos, enquanto para este está em causa o acréscimo de despesas devidas à deficiência.

4. Posição defendida

Como já recordámos, defendemos em 2008 a concessão de uma indemnização *aos pais*, pelos seus danos patrimoniais (designadamente, o “dano do planeamento familiar” resultante do não cumprimento de um contrato) ou não patrimoniais em resultado do nascimento da criança indesejada, salvo, no caso dos danos não patrimoniais, quando se pretenda uma compensação tão-só pelo nascimento de uma criança saudável. Além disso, defendemos que, nos casos de nascimento de uma criança com uma *deficiência*, deve também aceitar-se o ressarcimento *da própria criança*, pelas suas necessidades acrescidas e até por danos não patrimoniais — embora podendo discutir-se se esse pedido deve poder ser deduzido pelos pais, enquanto a criança for menor (pelo menos nos casos em que ela, provavelmente, não necessitará desse suprimento da incapacidade natural por toda a vida).

Reexaminando a questão, entendemos que a posição então adotada deve ser mantida, não tendo encontrado, nos contributos para o debate ocorrido desde então, argumentos relevantes para a alterar. As *objeções*, quer à indemnização dos pais (“*wrongful birth*”), quer à indemnização pedida pela própria criança (“*wrongful life*”), são, a nosso ver, superáveis, e sem que se tenha de sair do plano da responsabilidade civil, desde que se atente nas consequências *práticas* da solução que se procura, não nos deixando enredar em *pretensos* obstáculos lógicos, éticos ou jurídicos, que, na realidade, não o são.

Referimos de seguida apenas alguns pontos aparentemente mais controversos.

a) *Ilicitude*

Não parecem decisivos os argumentos que se procuram situar no plano da *ilicitude* — embora no problema da “*wrongful life*” se note também uma certa “flutuação” dos pressupostos contestados entre a *ilicitude*, a noção de dano e o nexo de causalidade

Deve notar-se que, apesar de o campo da admissibilidade das ações por *wrongful birth* e por *wrongful life* ser delimitado pela *licitude* da interrupção da gravidez, não pode dizer-se que a *ilicitude* do comportamento do responsável médico resulte, nos casos em questão, da *violação* da norma que torna apenas *justificada* a interrupção voluntária da gra-

videz, ou que prevê os requisitos para ela (artigo 142.º, n.ºs 1, alínea *c*), e 2 do Código Penal). Não sendo da sua violação que resulta a eventual responsabilidade civil nos casos de “*wrongful birth*” ou de “*wrongful life*”⁴⁵, não é decisiva a questão de saber em benefício de quem se prevê tal justificação, e os seus requisitos — ou seja, a questão de saber qual é o *fim de proteção* dessas mesmas normas.

A ilicitude da conduta do responsável pode resultar tanto da violação de um *contrato* (e a nosso ver será até desejável que se aproxime deste modelo, mesmo em relação aos cuidados de saúde prestados em instituições públicas), cuja validade não é de pôr em causa, referido, por exemplo, a uma operação de esterilização ou a uma interrupção voluntária de gravidez (evidentemente, apenas nos casos e nos termos em que não é punida).

Quando está em causa a reparação dos prejuízos sofridos pelos pais pelo nascimento de uma criança saudável, isto é, o normal “dano de planeamento familiar”, a ilicitude pode resultar também da violação de um direito subjetivo: a liberdade ou *autodeterminação reprodutiva* (negativa) dos pais⁴⁶, que é sem dúvida um aspeto integrante, se não do seu direito à liberdade, pelo menos do direito geral de personalidade.

⁴⁵ A interpretação teleológica (com determinação do “fim de proteção”) do art. 142.º, n.º 1, al. *c*), do Código Penal, não nos parece decisiva porque apenas torna justificada a interrupção voluntária da gravidez, mas não impõe um dever específico ao médico; e, por sua vez, o n.º 2 prevê *requisitos para aquela justificação* (para a “verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez”), mas a eventual responsabilidade civil do médico que pode estar em causa nos casos de *wrongful birth* e de *wrongful life* não resulta da violação dessa norma (que só pode ter lugar pela realização da interrupção da gravidez sem preenchimento dos requisitos em causa), mas antes de outros deveres (v. a seguir, no texto). Cf., porém, MIQUEL MARTÍN CASALS/JOSEP SOLÉ FELIU, comentário cit. à sentença do *Tribunal Supremo* de 18 de maio de 2006, n.º 2.1., considerando decisivo o facto de a possibilidade de interrupção da gravidez apenas visar proteger os progenitores, e não o nascituro.

⁴⁶ V. a análise já cit. de JÖRG NEUNER, “Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung: Facetten durchkreuzter Nachwuchsplanung”, *AcP*, 214 (2014), págs. 459-510. V. também, em geral sobre os direitos reprodutivos como direitos fundamentais, entre nós VERA L. RAPOSO, *O direito à imortalidade. O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, cit., esp. págs. 41-376.

Mas a ilicitude da conduta médica pode ainda resultar da violação de um *dever professional*, integrante das *leges artis* (cf. os arts. 142.º, n.º 1, al. c), e 150.º do Código Penal, e o art. 483.º, n.º 1, do Código Civil, na 2.ª modalidade de ilicitude), dever para com os pais, mas que visa também proteger a futura criança dos ónus (pelo menos dos financeiros) de viver com uma pesada deficiência, tendo de ser sustentada toda a vida, possibilitando para tal uma decisão dos seus pais⁴⁷. Nada impede, aliás, que existam também deveres jurídicos delituais dos profissionais médicos para com pessoas futuras, com o sentido de os obrigar a atuar para prevenir que sejam concebidas com uma doença hereditária ou genética, ou que nasçam com graves limitações à saúde⁴⁸.

Mantemos a ideia de que não é útil, para fundamentar a ilicitude, trabalhar com um pretensão direito subjetivo “*a não nascer*”, ou com um “direito à não existência”⁴⁹, que logo remete para uma atitude negativista. Esta noção cria confusões, dando a entender que a posição da criança se tem de fundamentar num tal “direito”, e obscurece a problemática *substantial* e os resultados *práticos* que estão em causa⁵⁰.

⁴⁷ V., por ex., ERWIN DEUTSCH/ANDREAS SPICKHOFF, *Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht*, 5.ª ed., Berlin-Heidelberg-NewYork, Springer, 2003, pág. 224 (para os quais “a decisão da mãe para a interrupção da gravidez pode interromper a sua vida, mas preserva-o de deficiências que são, pelo menos, financeiramente onerosas”), e a cit. decisão do HR holandês de 2005 (“*baby Kelly*”), n.º 4.13: a clínica e o médico “invocaram que Kelly não tem (também contra eles) qualquer direito à própria não existência ou à interrupção da gravidez da sua mãe. Porém, tal é improcedente pois o médico está vinculado por força do seu dever de cuidado (...), existente primariamente para com a mulher grávida, mas também para com o seu filho ainda por nascer, a realizar o diagnóstico pré-natal exigido nas circunstâncias, e, se for o caso, a consultar um geneticista clínico para examinar melhor o fruto da gravidez (...). Se o médico falhar no cumprimento destes deveres para com a mulher, actua também para com o nascituro em violação de regras não escritas”, vigentes na prática social para os profissionais.

⁴⁸ HANS STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht: eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Heidelberg, C.F. Müller, 1993, pág. 284.

⁴⁹ Criticamente, com razão, tb. V. CARDOSO CORREIA, “Wrongful Life Action”, cit., págs. 128 segs.

⁵⁰ No que, aliás, parece ser mais uma expressão dos inconvenientes da utilização da forte “linguagem dos direitos” quando estão em causa problemas éticos e jurídicos de fronteira. Sobre esse inconveniente, v. F. ARAÚJO, ob. cit., págs. 16-8, 94 e segs.

Acresce que, apesar de o nascituro não ser parte no contrato com o médico (ou o outro profissional responsável), é claro que em regra a mãe o inclui (tal como ao pai) no âmbito de proteção do contrato de tratamento⁵¹, pelo que pode aplicar-se aqui a figura do “contrato com eficácia de proteção para terceiros”⁵². O risco do profissional é intensificado pela consideração da criança como objeto de proteção pelo contrato, mas tal não é obstáculo a um contrato com eficácia de proteção para terceiros. Os requisitos deste contrato consistentes na relação de sustento do credor (os pais) com a criança e na sua proximidade reconhecível ao credor, bem como a sua necessidade de proteção, estão evidentemente verificados⁵³. Apenas poderia questionar-se se o dever violado tem como finalidade a proteção da criança: da perspetiva desta, ser-se-ia tentado a negá-lo, pois foi a violação do dever que conduziu ao nascimento e a não existência daquela não pode ser considerada uma alternativa superior. Mas, como nota Neuner⁵⁴, não é determinante para a direção dos deveres dos médicos a perspetiva da criança, antes aquilo que o tratamento médico tem como objetivo. Este objetivo tem uma dimensão pessoal e uma dimensão patrimonial: por um lado, deve ser impedida uma criança com deficiências graves; por outro lado, não devem surgir as necessidades financeiras acrescidas causadas por uma criança nessa situação. Os pacientes que concluem um contrato de diagnóstico ou tratamento não querem apenas ter a possibilidade de se decidir contra o nascimento de uma criança com

⁵¹ Como, perante a dificuldade suscitada no cit. acórdão do STJ de 19 de jun. de 2001, de desconformidade entre a causa de pedir e o pedido, notou também A. PINTO MONTEIRO, anot. cit., *RLJ*, págs. 382-3.

⁵² Também neste sentido, v., por exemplo, na doutrina alemã, E. DEUTSCH/A. SPICKHOFF, *Medizinrecht*, cit., págs. 220 e segs., n.º 344, págs. 223 e segs., GOTTFRIED SCHIEMANN, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch :mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, Sellier-de Gruyter, 2005, § 249, n.º 209 (cit. como STAUDINGER/nome do autor), STAUDINGER/HAGER, § 823, n.º 51, e JOHANNES HAGER, “Das Recht der unerlaubten Handlungen”, in *J. v. Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetze. Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin, Sellier-De Gruyter, 2005, págs. 819-76, 827-8, J. NEUNER, “Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung: Facetten durchkreuzter Nachwuchsplanung”, cit., págs. 481 e segs.

⁵³ J. NEUNER, “Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung”, cit., pág. 482.

⁵⁴ Ob. cit., págs. 482-483.

graves deficiências, mas também proteger-se contra os custos significativos que isso traria⁵⁵. Não é, por isso, decisivo saber se na perspectiva da criança seria “melhor viver ou não viver”. Decisiva é antes a preferência manifestada pelos progenitores no contrato de diagnóstico e tratamento, no sentido de terem a opção da não existência. Não é relevante para isso saber se a criança já existia e podia ser parte contratual, ou apenas virá a surgir (ou até a ser concebida) no futuro. Nem é decisivo saber se as partes realmente acordaram expressa ou tacitamente tal eficácia de proteção a favor da criança, ou se ela apenas é obtida pelos critérios de integração negocial (segundo a vontade hipotética ou a boa fé — artigo 239.º do Código Civil).

b) Dano

Continuamos a ter por claro — logo fenomenologicamente — que quando se dá, em consequência de erro médico, um nascimento de uma criança deficiente, o primeiro e mais direto visado é a própria criança (pelo menos pelas suas necessidades acrescidas). Isto é, o primeiro lesado não são os pais (que só são lesados indiretamente, enquanto puderem e deverem ocupar-se da criança), mas antes a própria pessoa que nasceu com uma deficiência severa, e que tem despesas acrescidas para ser sustentada e ajudada, eventualmente toda a vida.

Contra isto não vale argumentar que a existência da criança só era concretamente concebível naquelas condições, e, portanto, dependente da assistência paterna. Mesmo partindo da necessidade de um parâmetro contrafactual para sua determinação, entendemos, como vimos, que é inaceitável a negação da invocação pela concreta criança já nascida de um parâmetro de “normalidade”, para efeitos da determinação do dano, apenas porque ela nunca poderia ter existido de outra maneira. Tal limitação afigura-se-nos, ela sim, contrária à dignidade da pessoa humana. Não é, pois, inultrapassável a contra-argumentação que incide na própria impossibilidade de se configurar um *dano*, o qual exigiria uma (impossível) avaliação “contrafactual” da situação do concreto lesado, ou que

⁵⁵ *Ibidem.*

pressuporia que se considerasse preferível a morte (ou o não nascimento) a uma vida com deficiência.

O mesmo vale, como vimos, para a argumentação lógica (ou de “lógica pragmática”), no sentido de que nos casos de “*wrongful life*” a criança não tem uma pretensão indemnizatória contra aquele sem cujo comportamento errado não teria de todo chegado a vir ao mundo, seja porque tal esbarraria com um “problema de não-identidade” entre a vítima que formula a pretensão e a não existência da vítima, que sem o evento lesivo não teria sido criada⁵⁶, seja porque, noutra formulação, envolveria uma autocontradição “pragmática”, ou mesmo “performativa”, “pela qual de certa forma se põe em causa retroativamente a base sobre a qual assenta a possibilidade de invocação da pretensão”⁵⁷.

Vimos já que o nosso Tribunal Constitucional aprofundou e rejeitou de forma convincente estas objeções. Quanto ao argumento da autocontradição, ele envolve, por sua vez (como grande parte da argumentação baseada na “contradição performativa”), a imputação, ao conteúdo proposicional do próprio pedido de indemnização, da destruição dos pressupostos que tornam possível a realização de tal pedido. Mas tal destruição está longe de ter de ser inevitável, pois a existência da criança é um *dado* real, que evidentemente não é nem pretende ser afetado pela formulação do pedido. A existência da criança é um *dado* que não pode estar em causa, para efeitos da sua legitimidade.

Não aceitamos, além disso, a consequência, a que leva a rejeição de uma indemnização à própria criança, de acrescentar à dependência *natural* e geral desta uma *dependência*, para obter indiretamente uma reparação, no plano *jurídico*, do exercício pelos pais do direito a uma indemnização e do cumprimento do seu dever de alimentos, bem como

⁵⁶ V. indicações em F. ARAÚJO, ob. cit., págs. 97-8, e n. 169 e seg., referindo modos de rebater aquele problema — designadamente, notando que a objeção filosófica e valorativa poderia ser resolvida recorrendo à noção de “potencialidade” do ser em questão, que se vai tornando, no devir presente, uma identidade.

⁵⁷ Assim, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht — Eine Zwischenbilanz*, BerlinNew York, de Gruyter, 1999, pág. 67, n. 207 (na trad. port., *Direitos fundamentais e direito privado*, Coimbra, Almedina, 2003, págs. 96-7, n. 208); e já DIETER MEDICUS, *Zivilrecht und werdendes Leben*, München, Beck, 1985, págs. 13 e seg.

logo da própria existência destes⁵⁸ — ou de mecanismos de segurança social que podem ser de duvidosa eficácia. Para além dos efeitos perversos desta solução⁵⁹ (recusar à criança “o direito à indemnização conduzirá, muitas vezes, a que os tribunais aumentem a indemnização dos pais, incluindo nos danos destes os danos do filho deficiente”), ela não parece ser a melhor “até porque os pais podem descurar o acompanhamento da criança, por negligência, por qualquer vicissitude conjugal ou até por falecerem”⁶⁰. Como se notou na nossa doutrina, existe uma contradição interna entre reparar os danos aos pais, mas rejeitar reparar os do filho, quando uns e outros *resultam do mesmo comportamento* culposos, sendo certo que a indemnização aos pais poderia suscitar uma objeção semelhante, pois a alternativa à vida do filho deficiente seria uma não-vida⁶¹.

c) Causalidade

O nexos de causalidade fundamentadora deve estabelecer-se entre a conduta do profissional em causa e o evento lesivo consistente na perda de faculdade de optar, em exercício da autodeterminação reprodutiva, pela interrupção da gravidez. Quando estiverem em causa informações, o principal problema de causalidade entre a violação do dever de infor-

⁵⁸ V., porém, por ex., HERMANN LANGE, *Schadensersatz*, 2.^a ed., Tübingen, Mohr, 1990, pág. 337: “consequência a aceitar é a de que a criança já nada recebe depois da morte dos pais”.

⁵⁹ Que, entre nós, são referidos por A. PINTO MONTEIRO, anot. cit., *RLJ*, pág. 383.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ A. PINTO MONTEIRO, anot. cit., *RLJ*, pág. 383 (“porque é que isso haverá de repugnar, se for o filho a pedir a indemnização, e já não repugna se forem os pais a pedirem essa indemnização?!”), A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., IV, cit., pág. 364 e seg. (contradição de valorações).

Improcedente é também a invocação de possíveis prejuízos *psicológicos para a criança*, para contrariar a possibilidade de uma indemnização dos pais pelo nascimento do filho, saudável ou não (no primeiro caso, pelo menos por danos patrimoniais). O ato de planeamento familiar (a prevenção do alargamento da família “anónimo”, isto é, com membros ainda desconhecidos) é bem diverso do da aceitação eventual de uma criança depois de ter nascido e de ter passado a integrar a família, e trata-se de matéria que deve em primeira linha ser deixada à apreciação dos pais, que podem fazer ver à criança que é errada qualquer impressão de não ser desejada.

mação e as consequências da falta de informação — por exemplo, um diagnóstico pré-natal ou a falibilidade de uma vasectomia — reside na prova do comportamento do destinatário da informação, caso os deveres tivessem sido cumpridos. A jurisprudência alemã ajuda nestes casos o credor da informação com uma *presunção de que se teria comportado de forma adequada tendo em conta a informação* (“*Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens*”), pelo que não teria deixado de adotar as correspondentes condutas (por ex., a interrupção da gravidez, a abstenção de relações sexuais)⁶².

d) *Cômputo do dano*

Quanto aos danos *patrimoniais* (dos pais ou da criança) os problemas não têm estado na sua existência em si mesma, ou no seu cômputo como correspondendo às despesas de sustento (obrigação de alimentos), normais ou acrescidas pela deficiência, consoante os casos — mas antes na compatibilização de tal indemnização com valores (constitucionalmente protegidos) de maior nível. Vale, porém, o regime geral da obrigação da indemnização, incluindo a possibilidade de fixação da indemnização “equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”

⁶² Para CLAUS WILHELM CANARIS (“Die Vermutung ‘aufklärungsrichtigen Verhaltens’ und ihre Grundlagen”, FRANZ HÄUSER *et alii*, *Festschrift für Walther Hadling zum 70. Geburtstag*, Berlin, De Gruyter, 2004, págs. 3-24), a decisão sobre a conduta a adotar não dispondo da informação, isto é, uma decisão não *informada*, é um resultado diverso, na sua configuração concreta, da decisão que o interessado teria tomado com informação, pelo que tem de afirmar-se a causalidade entre a violação do dever de informação e este resultado, consistente na concreta decisão não informada, ligando-se depois esta à lesão sofrida segundo as regras gerais da causalidade. Cabe, assim, ao devedor provar que um tal resultado diverso não teria (decisão não informada) conduzido ao mesmo dano (v. tb. págs. 17-8, para uma justificação alternativa, com fundamento em que é ao devedor que invoca o comportamento alternativo lícito — isto é, o devedor da informação que invoca que o credor se teria comportado de igual modo se ele o tivesse informado, isto é, se se tivesse comportado licitamente — que incumbe a prova das consequências deste). V. também o nosso *Interesse contratual negativo...*, cit., II, págs. 1385 e segs.

(artigo 494.º), e o regime da *compensatio lucri cum damno*, designadamente para a indemnização de danos patrimoniais, e desde que os benefícios sejam igualmente suscetíveis de avaliação pecuniária (patrimoniais)⁶³.

⁶³ A discussão da “compensação de vantagens” na indemnização tem tido uma relevância menor, nos casos de “*wrongful birth*” e de “*wrongful life*”, do que as condicionantes constitucionais e éticas logo à própria admissibilidade de um dano resarcível. Mas há uma aproximação quando se discute o problema de saber se as vantagens, materiais ou imateriais (a “alegria com a criança”), de um nascimento não sobrelevam as desvantagens materiais do seu sustento, e se, portanto, uma indemnização, pelo menos por *wrongful conception* de uma criança saudável, não deveria ser correspondentemente diminuída. Há quem o afirme (assim, decisivamente, já o *Landsgericht* de Düsseldorf, 2 de Dez. de 1993, in *NJW*, 1994, págs. 805-7, 806), para as vantagens imateriais, enquanto outros apenas concedem relevância no quadro de uma reparação de danos não patrimoniais (v. GREGOR THÜSING, *Wertende Schadensberechnung*, München, Beck, 2001, págs. 37-8, 58, GERDA MÜLLER, “Fortpflanzung und ärztliche Haftung”, in ERWIN DEUTSCH, org., *Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag*, Berlin, de Gruyter, 1995, págs. 355-72, 364). E, para as vantagens e danos patrimoniais, já o BGH, na cit. decisão de 18 de Março de 1980 (*NJW*, 1980, págs. 1455-6), mandou deduzir aos custos com o sustento da criança nascida de uma esterilização falhada o abono de família (*Kindergeld*) recebido pelo seu nascimento (v. tb. mais tarde, por ex., a decisão de 19 de Jun. de 1984, in *NJW*, 1984, págs. 2625-6). Sobre o problema, v., no direito italiano, G. CASSANO, “Nascita indesiderata e ‘*compensatio*’ (nota a Trib. Venezia, sez. III civ., 10 settembre 2002)”, *D&G — Dir. e Giust.*, 2002, f. 39, pág. 68, e ANTONINO D’ANGELO, *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, Giuffrè, 1999, págs. 84, segs.

Entendemos que o problema da “compensação de vantagens”, nos casos referidos no texto, é, no domínio do *dano não patrimonial*, um problema de *avaliação* deste, e se, para os *danos patrimoniais*, é de admitir nos termos gerais a compensação com vantagens patrimoniais (como um “abono de família”, mas não, prestações alimentares), para vantagens imateriais não defendemos a possibilidade de “compensação” (a que a jurisprudência norte-americana manifesta abertura — v. G. THÜSING, *Wertende...*, cit., págs. 188 e segs., e, criticamente, págs. 477 e segs.).

Nem nos parece que a redução da indemnização por danos patrimoniais resultantes da gravidez e do nascimento (“dano do planeamento familiar”), ou das necessidades de uma criança gravemente deficiente, deva ter lugar atendendo apenas a aspetos *específicos* destes casos, tais como possíveis objeções éticas a que do nascimento de uma criança possam resultar danos. Antes defendemos, apenas, a possibilidade de recurso, também nestes casos, ao mecanismo geral do art. 494.º, desde que não exista dolo do lesante, e podendo entre as outras circunstâncias do caso contar-se a evolução subsequente, não só da situação económica, mas dos po-

Aliás, quanto ao caso de nascimento de uma criança saudável, se os danos patrimoniais resultantes de um nascimento podem ser computados, por exemplo, quando a gravidez resultou de uma violação (e não se vê que não o possam ser), não se vê por que não é possível calculá-los nos casos de *wrongful conception* ou de *wrongful birth*.

Encontram-se por vezes também objeções relativas à impossibilidade de avaliação do dano resultante do nascimento com deficiência, quando a única alternativa teria sido a interrupção da gravidez⁶⁴. Mas essa não é, a nosso ver, a alternativa relevante para o cômputo do dano. Antes este dano consiste no acréscimo de custos, dos pais ou da própria criança, devidos à deficiência, em relação ao que teriam de gastar em caso de inexistência desta, e é perfeitamente calculável tendo como referência o padrão dos gastos normais com uma criança que não esteja nessa situação. Isto, sendo certo, porém, que, se se provar que, sem a falta médica, teriam lícitamente interrompido a gravidez, ou que não teriam concebido a criança, não estarão em causa apenas despesas *acrescidas* pela deficiência, mas *todas* as despesas com o seu sustento e educação.

A problemática da fixação da indemnização da criança — mas não só — parece, aliás, apresentar proximidade com a das lesões pré-natais

sicionamentos dos pais, incluindo as vantagens imateriais que possam resultar para eles da criança (já, porém, a circunstância de os pais passarem a ter direito a uma eventual prestação de alimentos pelo filho não parece que possa ser relevante, salvo em hipóteses excepcionais). Essas vantagens, quando existirem realmente, devem ser relevantes no quadro do art. 494.º, mas não podem, evidentemente, deixar de ser apreciadas em termos estritamente *individuais* e *concretos*, e não “objetivos” ou generalizantes — tal como não é de acompanhar certa jurisprudência alemã para a qual bastaria uma melhoria geral da situação económica dos pais para que o dever de indemnização desaparecesse (isto, pelo menos, quando as razões económico-sociais não constituírem só por si indicação suficiente para legitimar a interrupção da gravidez, como acontece entre nós, e diversamente do direito alemão, em que, por isso, se defende que o dever de alimentos sai do âmbito de proteção do dever violado quando uma apreciação superveniente vem a tornar injustificada tal indicação — v. a decisão do BGH de 7 de Maio de 1985, in *BGHZ*, vol. 95, págs. 199-212, *NJW*, 1985, págs. 2752-5, e HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Schadensersatz*, 3.ª ed., 2003, pág. 334).

⁶⁴ Cf., perguntando como se “*confronta* a vida de alguém deficiente com uma não-vida dessa mesma pessoa”, v. A. PINTO MONTEIRO, anot. ao ac. do STJ de 19 de Jun. de 2001, *RLJ*, cit., pág. 384.

que o feto vem a sofrer, quer durante a gravidez, no ventre materno, quer mesmo já antes da concepção ou nesta mesma⁶⁵. E, como se sabe, a nossa lei concede tutela ao nascituro contra tais lesões, no artigo 66.º, n.º 2, do Código Civil.

e) O limite imposto pela necessidade de evitar contradições valorativas (pela compensação de danos não patrimoniais alegadamente devidos apenas ao nascimento de uma criança saudável)

Mantemos, também, a posição de que há que fazer uma restrição à compensabilidade dos danos não patrimoniais quer dos pais quer da própria criança, para evitar uma contradição valorativa com a proteção da vida humana — um limite como que correspondente ao “núcleo duro” em que a intuição subjacente à solução dominante se afigura procedente, e que não é mais discriminatório em relação à situação dos pais confrontados com a concepção ou o nascimento de uma criança deficiente do que outras escolhas valorativas do legislador (como a admissão da indicação embriopática, no artigo 142.º, n.º 1, alínea *c*), do Código Penal).

Na verdade, não pode aceitar-se uma compensação de danos *não patrimoniais* baseada no *mero facto* do nascimento da criança *saudável*, quer tal compensação seja pedida pelos pais, quer pela própria criança (embora neste último caso o problema raramente se deva pôr), pois tal seria contraditório com a proteção da vida humana como valor. Não distinguimos, aqui, entre a possibilidade de os pais ou a criança pedirem indemnização, nem excluímos em geral a compensação dos danos não patrimoniais *da própria criança* por *wrongful life*. A nosso ver, também os pais não deverão poder obter uma indemnização baseada no *mero facto*

⁶⁵ Cf. tb. E. DEUTSCH/A. SPICKHOFF, *Medizinrecht*, cit., pág. 225 (mesmo a ação contra o profissional devido à sua concepção não deveria estar vedada à própria criança, apesar de não estar ainda concebida à data do evento lesivo, tal como a criança deve ter direito a ser indemnizada pela infeção da mãe e do filho com uma doença sexualmente transmissível, antes ou depois da concepção, ou por uma lesão sofrida no ventre materno), e, agora, H. LANGE/G. SCHIEMANN, *Schadensersatz*, cit., pág. 336 (“a problemática a discutir não é tão distante da das lesões pré-natais, e sobretudo da das lesões antes ou na concepção, que seria por isso adequada uma valoração totalmente diversa”; mas o paralelismo não é incontestado na doutrina alemã).

do nascimento de uma *criança saudável*, e, inversamente, a criança que nasceu com uma deficiência deve poder obter a compensação também dos seus danos não patrimoniais⁶⁶, mesmo que a deteção pré-natal apenas tivesse conduzido a uma interrupção da gravidez.

Há que distinguir cuidadosamente os danos em causa: apenas limitamos a possibilidade de obtenção de uma compensação por danos *não patrimoniais*, e desde que não resultantes de *outros* sofrimentos, como os relacionados com a gravidez, o parto (ou, até, a educação da criança, considerando, por exemplo, eventuais limitações ou deficiências dos pais) ou com a deficiência da criança, antes alegadamente decorrentes *apenas do nascimento de uma criança saudável*. Só a afirmação de tais danos não patrimoniais *apenas pelo surgimento de vida humana* envolveria, a nosso ver, uma *contradição valorativa inultrapassável* com os valores subjacentes às normas que protegem o direito à vida e o bem jurídico “vida em formação” (ou “vida humana pré-natal”). Mas a rejeição, nesta medida, do pedido de compensação pode enquadrar-se, sem dificuldade, no requisito de que os danos não patrimoniais sejam tais que “pela sua gravidade, *mereçam a tutela do Direito*”, formulado no artigo 496.º, n.º 1, do Código Civil, sendo que a inexistência de uma deficiência grave pode e deve ser considerada em tal juízo sobre o merecimento de tutela⁶⁷.

⁶⁶ Diferentemente, segundo A. DIAS PEREIRA, *O consentimento informado...*, cit., pág. 391, “o dano moral da própria criança (pensando numa ação de *wrongful life*) afigura-se de mais difícil apreciação jurídica” (do que o dos pais, que poderiam exigir a compensação dos danos não patrimoniais resultantes da “privação da possibilidade de praticar a interrupção da gravidez não punível, autodeterminando-se na sua paternidade e maternidade”).

⁶⁷ O facto de apenas excluirmos o direito à compensação por danos não patrimoniais baseado *apenas no nascimento de uma criança saudável* não é mais discriminatório (entre crianças saudáveis e crianças deficientes) do que a admissão da indicação embriopática para a interrupção da gravidez — que pode discutir-se, mas é admitida na nossa lei. E corresponde também, sem dúvida, sociologicamente a uma diferença nas consequências não patrimoniais para os progenitores, que não deve ser ignorada pelo Direito — devendo embora ser combatida veementemente qualquer discriminação no tratamento das pessoas em causa, em função da deficiência. O facto de toda a vida humana nascida gozar de dignidade plena não é obstáculo a isto. Antes, a nosso ver, a negação da indemnização pelo nascimento de um filho com deficiência, com tal fundamento, é de novo retórica a mais, mas análise, e sensibilidade aos factos a regular, a menos.